Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu?

(Nach gemeinem Recht.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der

kgl. b. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt

von

A. Strube,
Referendar.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1895.

Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu?

(Nach gemeinem Recht.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der

kgl. b. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt

von

A. Strube,
Referendar.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1895.

Seiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Angabe der benutzten Schriften.

Mevius, Decisiones. Ausgabe von 1705.

Leyser, Meditationes ad Pandectas. Tom. VII. Frankenthal 1778—1783.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Bd. 15. (1813.) Bd. 18. 19.

Büchel, civilistische Erörterungen I. u. II. 1832.

Krug, Kompensation. 1833.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl. 1869.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. V.

Girtanner, Bürgschaft. 1851.

Bekker, processualische Konsumption. 1853.

Fitting, zur Lehre von den Korrealobligationen. 1859.

Dernburg, Pfandrecht. 1860.

Siebenhaar, Korrealobligationen nach röm., gem. und sächs. Recht. 1867.

Dernburg, Kompensation. 1868.

Post, bremisches Privatrecht. 1870.

Hasenbalg, Bürgschaft. 1870.

Unger, Verträge zu Gunsten Dritter in Iherings Jahrbüchern Bd. X S. 1 f. 1870.

Mandry, das gemeine Familiengüterrecht. 1871.

Baron, in der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. XVI. 1871.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl. 1872.

Birkmeier, die Exceptionen im bonae fidei iudicium. 1874.

Mommsen, Befreiungsgründe des Schuldners in ihrer Zuständigkeit für den Bürgen. Kieler Dissertation. 1874.

Schott, die accessorische Natur des Pfandrechts in Iherings Jahrbüchern Bd. XV. 1875.

Vangerow, Pandekten. 7. Aufl. 1875.

Waldner, korreale Solidarität. 1885.

Gradenwitz, zur Lehre von der Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887.

Mitteis, die Individualisirung der Obligation. 1886.

Mitteis, zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte in Iherings Jahrbüchern Bd. 28. 1888.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. 1888.

Fischer, Recht und Rechtsschutz, in „Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung d. E." Heft 6. 1889.

Seuffert, die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts. Ebenda Heft 11.

Unger, die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im deutschen Entwurf, in Iherings Jahrbüchern Bd. XXIX S. 1 f. 1889.

Bruns in Holzendorff's Encyklopädie. 5. Aufl. 1890.

Windscheid, Pandekten. 7. Aufl. 1891.

Geib, zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. 1894.

Inhaltsübersicht.

I. Einleitung und Feststellung der Aufgabe.

II. Die herrschende Ansicht.
Der Entwurf und die Konsequenzen seiner Entscheidung.

III. Aus dem accessorischen Charakter der Bürgschaft ist der Satz, dass die Einreden des Hauptschuldners auch dem Bürgen zustehen, nicht genügend zu erklären.
1) Bedeutungslosigkeit gewisser Quellenaussprüche:
a) sie werden durch andere Stellen paralysirt.
b) es werden die notwendigen Konsequenzen nicht aus ihnen gezogen.
2) Bedeutung des „accessorischen" Rechts.
a) das accessorische Recht kann lebensfähiger sein als das principale.
b) trotzdem fällt eine solche Bürgschaft nicht unter den Begriff der durior causa.

IV. Aus dem Begriff der Bürgschaft an und für sich lässt sich dieser Rechtssatz überhaupt nicht erklären; auch nicht aus der Identität des Anspruchs gegen Bürgen und Schuldner (Bekker).

V. Wirkliche Grundlage für den Schutz des Bürgen bildet seine Fähigkeit, sich im Regresswege an den Schuldner zu halten.
1) § 4 I. de exc. et repl. 4. 14.
2) Verschiedene Auffassung desselben.

VI. Fortsetzung: Entstehung des Rechtssatzes.
1) Nothwendigkeit, den Schuldner zu schützen, führt dazu, dem Bürgen dessen Einreden zu geben.
2) Diese Entscheidung ist angemessen:
a) denn der Bürge, der sich im Interesse des Hauptschuldners verbürgt, will an dessen Einreden theilnehmen;
b) ob er sich im Interesse desselben verbürgt, erkennt man an dem Vorhandensein einer obligatorischen Beziehung zwischen Schuldner und Bürgen.

VII. Fortsetzung: argumentum e contrario.
  1) Der Schutz des Bürgen kann von der Rechtsordnung gemissbilligt werden, weil der Hauptschuldner nicht geschützt werden soll;
  2) Mit dem Regress fällt das Interesse des Hauptschuldners an dem Befreitsein des Bürgen und damit der Einredeschutz für diesen weg; der Regress kann
    a) vom objectiven Recht versagt,
    b) oder vom Bürgen nicht beabsichtigt sein;
      α) animus donandi.
      β) negotium suum gerens.
  3) exceptiones competunt invito reo: spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht.

VIII. Der Zusammenhang zwischen der Regressfähigkeit des Bürgen und seinem Recht auf die Einreden ist immer massgebend geblieben:
  1) l. 16 § 1 D. ad S. 6 Vell. 16. 1.
  2) auch später bleibt die Beziehung auf das Regressrecht die natürliche Begründung.
  3) dasselbe wird als das Normale nicht immer hervorgehoben.

IX. Bedeutung der „Regressfähigkeit".

X. Erklärung von Ausnahmen, in denen darauf nichts ankommt.
  1) Einreden, welche dem Bürgen immer zustehen.
  2) Einreden, welche ihm nie zustehen.

XI. Die praktischen Resultate können in Einklang gebracht werden mit denen der herrschenden Lehre; Kritik der Ansicht von Mitteis.

XII. Der Satz: omnes exceptiones fideiussoribus competunt ist zu weit: es giebt Einreden, welche der Bürge nur mit Ermächtigung des Schuldners geltend machen kann.
  1) Das sind solche, denen eine gewisse subjective Dispositionsbefugniss zu Grunde liegt.
    a) Beispiele.
    b) Auch die exc. pacti in personam gehört hieher.
  2) Die Kompensationseinrede gehört nicht hieher.
    a) Betrachtung derselben.
    b) Die Praxis kommt auf Umwegen zu dem gleichen Resultat.

XIII. Schluss.

I.

Die grosse nationale Aufgabe, an deren Erfüllung seit zwei Jahrzehnten in Deutschland gearbeitet wird, die Herstellung eines einheitlichen Gesetzbuches für das ganze Reich, giebt Veranlassung zu mancher Arbeit, zu wiederholter sorgfältiger Prüfung der Resultate jahrhundertelanger Rechtsentwicklung. So manche Lehre ist noch einmal von berufenen Meistern auf ihre Grundlagen untersucht worden, und es hat sich ergeben, dass noch manches historische Fragment die römischen Sätze für unser Rechtsbewusstsein störend erscheinen lässt, während andrerseits auch in manchen Fällen der geschichtliche Ursprung zu wenig berücksichtigt ist, um den Kern eines Institutes richtig zu fassen.

Von diesem letzteren Gesichtspunkte aus scheint mir bei genauerer Prüfung im Entwurf die im Titel angeregte Frage nach dem Grunde der Zuständigkeit der Einreden des Schuldners für den Bürgen nicht genügend beantwortet zu sein. Die Bearbeiter des Entwurfs trifft in diesem Falle die Schuld nicht allein, denn auch die Wissenschaft ist, einer erklärlichen Neigung nach begrifflicher Verallgemeinerung und Abstraktion folgend, in diesem Punkte zu einem Resultate gelangt, welches nicht zu billigen ist und sich vor allem von der historischen Grundlage ganz entfernt.

Im Folgenden soll untersucht werden, auf welche Weise sich der Satz: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu, entwickelt hat, und ob daraus nicht Schlussfolgerungen für den Umfang seiner Geltung auch für das heutige Recht zu ziehen sind. —

Zunächst eine kurze Vorbemerkung: auf den Streit, der noch immer lebhaft geführt wird über den Begriff der exceptio und ihren Wert, kann hier nicht eingegangen werden. Ob die Versuche den Einredebegriff ganz auf das processuale Gebiet zu beschränken[1]) und die materielle Grundlage der exceptio als negatives[2]) oder Gegenrecht[3]) ganz in das materielle Recht zu verweisen, von Erfolg sein werden, ist vielleicht zu wünschen, aber noch sehr unentschieden. Für diese Arbeit wird Einrede in dem Sinne der materiell rechtlichen Einrede Windscheid's[4]) und des Entwurfs[5]) gebraucht. Es handelt sich also um Fälle einer nicht vom Richter von Amtswegen, sondern erst auf Antrag zu berücksichtigenden Ungültigkeit der Schuld[6]).

Danach kommen also Thatbestände, die die Hauptschuld gänzlich vernichten, hier nicht in Betracht, da in diesen Fällen für das Bestehenbleiben der Bürgschaftsobligation kein Raum mehr bleibt. Es handelt sich um diejenigen Thatbestände hier, in denen ope exceptionis die siegreiche Geltendmachung der Hauptschuld verhindert

1) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 102.

2) Bekker, Pandekten S. 89/90.

3) Fischer a. a. O. S. 103; Völderndorff, Zeitschrift für Civilrecht und Process N. F. XI. S. 290 f.

4) Pandekten I. § 42 S. 114.

5) Motive I. S. 359.

6) Geib, zur Dogmatik des röm. Bürgschaftgeschäftes S. 179. Mitteis, Ungültigkeit in Ihering's Jahrb. 28 S. 139.

werden kann, und die Frage, wie weit auch der Bürge diesen Effect für sich erzielen kann. —

Um ferner für die weitere Auseinandersetzung eine feste Grundlage zu gewinnen, ist hier gleich festzustellen, dass im Uebrigen die Einreden grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Die Unterscheidung von peremtorischen und dilatorischen Einreden, und von solchen, die eine naturalis obligatio übrig lassen, und solchen, die dies nicht thun, ist für die hier zu untersuchende Frage werthlos. Namentlich ist der Ansicht[1]) entgegenzutreten, die eine Schuld, welche zwar ipso iure bestehen bleibt, aber durch perpetua exceptio bis zur völligen Wirkungslosigkeit abgeschwächt wird, der völlig nichtigen gleichstellt. Ohne auf diese Streitfrage im Einzelnen einzugehen[2]), genüge es hier als Resultat anzunehmen und festzustellen, dass eine Schuld, die durch peremtorische Einrede angefochten werden kann, Grundlage für eine vollwirksame fideiussio sein kann[3]): dass der Bürge in solchem Falle sich wahrscheinlich auch durch Berufung auf die Einrede dem Leistenmüssen entziehen kann, ist eine Sache für sich. Ipso iure besteht die Schuld und damit die Bürgschaft. Eine nichtige Schuld dagegen kann nicht Grundlage für eine Bürgschaft sein, sondern eine derartige Bürgschaft ist als solche stets nichtig: ist sie mit Kenntniss der Nichtigkeit eingegangen, so kann sie nach den Umständen

1) Brinz, Pandekten § 255; Schwanert, Naturalobligation S. 88.

2) Für die Unterscheidung namentlich Gradenwitz, Ungültigkeit S. 276; Birkmeyer, die exc. im bonae fid. iud. § 11; Mitteis a. a. O. S. 131; Geib a. a. O. S. 143; Büchel, in der Einleitung zum zweiten Bande der civil. Erörterungen.

3) arg. l. 37 D. de fid. 46. 1; Mandry Familiengüterrecht I. S. 479; Geib a. a. O. S. 120; Gradenwitz a. a. O. S. 278.

als ein anderes Geschäft aufrecht erhalten werden[1]), nicht als Bürgschaft.

Aufgabe dieser Arbeit ist es also, zu untersuchen, auf welchem Grunde das Recht des Bürgen, sich der Einreden des Schuldners zu bedienen, entstanden ist und ob daraus Consequenzen für den Umfang dieses Rechtes auch noch für das moderne Recht zu ziehen sind.

II.

Für eine nichtige Schuld also kann eine Bürgschaft nicht bestellt werden, denn sie ist ein accessorisches Recht und kann ohne ein prinzipales Recht nicht entstehen. Aus diesem accessorischen Charakter der Bürgschaft soll nach der herrschenden Lehre nun noch weiter sich ergeben, dass der Bürge auch an der nur auf Antrag zu berücksichtigenden Ungültigkeit der Hauptschuld theilnehmen, sich mithin der Einreden des Hauptschuldners ganz allgemein bedienen könne[2]). Das Recht des Bürgen hierzu wird also aus der Natur des Bürgschaftsgeschäftes abgeleitet. Trotzdem werden einige Einreden hiervon ausgenommen und dem Bürgen nicht gegeben, nämlich die höchst persönlichen und einige andere, z. B. die exceptio s. c. Macedoniani, für deren Anwendbarkeit auf ein eventuelles Regressrecht des Bürgen Bezug genommen wird[3]).

---

1) Windscheid, Pand. § 477 Note 10; Hasenbalg, Bürgschaft S. 99; A. A. Bruns in Holzendorffs Encyclopädie S. 520, der auch eine für eine nichtige Schuld eingegangene Bürgschaft als solche aufrecht hält. Ebenso Brinz, Pand. § 255.

2) Entwurf, Motive II. S. 661 zu § 672; Dernburg, Pand. § 79 Anm. 5; Vangerow, III. § 578 Anm. 6 u. s. w. Reichsgerichtsentscheidungen VIII. 367.

3) Dernburg, Pand. II. § 79

Andere legen die l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1 ihrer Lehre zu Grunde und unterscheiden zwischen exceptiones rei und personae cohaerentes; von diesen sollen die letzteren und von den ersteren diejenigen, die eine naturalis obligatio übrig lassen, nicht auf den Bürgen erstreckt werden, soweit nicht ihr Regressrecht ihnen dazu verhilft[1]).

Neben dem ganz allgemein behaupteten Satze, dass aus der accessorischen Natur der Bürgschaft ein Recht auf die Einreden sich ohne weiteres ergebe, nehmen sich diese Ausnahmen und vor allem ihre Motivirung etwas seltsam aus. Wenn wirklich dies Recht begrifflich aus dem Wesen der Bürgschaft abgeleitet wird, dann bedürften wohl solche Ausnahmen einer sorgfältigeren Begründung, ohne welche eine gewisse Konsequenz vermisst wird.

Offenbar ist dies der Gedanke, aus dem die Bestimmungen des Entwurfs (I. u. II) sich erklären[2]). Die im praktischen Rechte von dem erwähnten Satze gemachten Ausnahmen werden verworfen, da sie von geringem praktischen Werth seien und sich mit der Regel und der dieser zu Grunde liegenden Auffassung schwer vertrügen. Als diese Auffassung wird dann ausdrücklich die accessorische Natur der Bürgschaft hervorgehoben.

Die Consequenz dieser Entscheidung ist nicht zu leugnen: sie schreitet mit Recht über die Ausnahmen hinweg, die neben der Regel als planlose Abweichungen erscheinen, und bildet das gemeinrechtliche Princip folgerichtig weiter. Allein — hier macht uns stutzig, dass diese Ausnahmen, wie sie angegeben, schon in den Quellen wiederholt hervorgehoben werden[3]). Wir würden also, wenn wirklich der Charakter als Accession Grundlage

---

1) Windscheid, Pand. II. § 477 Note 7. u. 8; Brinz, a. a. O.

2) I. § 671, II. § 707; Motive zu § 671, II. S 661.

3) u. a. l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1.

dieser Lehre wäre, vor die wunderbare Erscheinung gestellt, dass das Recht zu gleicher Zeit ein Princip aufgestellt und zu gleicher Zeit Ausnahmen davon gemacht hätte, die mit diesem Principe sich gar nicht vertragen. Im Laufe einer längeren Entwicklung können sich solche Anomalien herausstellen. Allein hier sind sie von vorneherein dagewesen und sind — das ergibt sich mit Nothwendigkeit — anders zu erklären: die Ausnahmen sind zuerst vorhanden gewesen, und hinterher ist die allgemeine Regel aufgestellt, die abstrahirt wurde aus einer Reihe häufig wiederkehrender, aber nicht nothwendiger Erscheinungen [1]).

Die letzte Konsequenz, die der Entwurf richtig zieht, zeigt m. E. deutlich an, dass die Regel nicht richtig war.

Aus der accessorischen Natur der Bürgschaft folgt der Satz, dass der Bürge sich der Einreden des Schuldners bedienen kann, nicht.

III.

Dies ist näher zu begründen. In den Quellen finden wir den Satz anscheinend mit grosser Bestimmtheit ausgesprochen: ex persona rei exceptio fideiussori ceterisque accessionibus competere potest [2]). Hieran knüpft die Lehre

1) Mitteis a. a. O. S. 140. „Bei Obligationen steht sehr häufig die Anfechtung jedem zu, dem gegenüber sie zur Sprache kommen, weil der Grund, weshalb letzteres geschieht — Bürgschaft, Verpfändung und Zahlung — eine so unmittelbare Theilnahme am Rechtsgeschäft bedeutet, dass die Ungültigkeit auch solchen Interessenten zu Gute kommen muss. Dieser Satz trifft so häufig zu, dass die Römer aus demselben die bekannte Regel gemacht haben (l. 32 D. de fid. 46. 1), wonach res cohaerentes exceptiones allen Accessionen zu Gute kommen."

2) l. 32 D. de fid. et mand. 46. 1; l. 19 D. de exc. 44. 1.

an, die das Recht des Bürgen, sich der Einreden des reus zu bedienen, aus dem accessorischen Charakter der Bürgschaft ableitet. Allein trotz einiger Aussprüche, wie des citirten, ist schon in der Justinianischen Kompilation für den Satz in seiner Allgemeinheit kein Raum. Er verfällt dem Schicksal so vieler allgemeiner Sentenzen: in seiner Allgemeinheit nicht präcise genug zu sein[1]). In vielen anderen Stellen wird ein anderer Grund angegeben, aus dem sich dies Recht des Bürgen erklären soll[2]). Aber selbst, wenn wir solche Zeugnisse nicht hätten, müsste man den Satz als eine viel zu weit gehende Verallgemeinerung verwerfen; denn niemals haben die römischen Juristen ernsthaft die Consequenzen daraus gezogen, ebensowenig, wie man dies heute thut.

Das ist leicht bewiesen.

Es giebt ja Einreden, welche dem Bürgen bald zustehen, bald nicht[3]). Wie wäre dies zu erklären, wenn wirklich in dem accessorischen Charakter der Bürgschaft der wahre Grund dieses Satzes läge? Dieser Charakter der Bürgschaft ist immer derselbe: das Schwanken in der Behandlung einzelner Einreden wäre also eine unerträgliche Inconsequenz.

Der Umstand ferner, dass zuweilen dem Bürgen noch Einreden des Hauptschuldners zustehen können, während dieser sich derselben nicht mehr bedienen kann[4]), widerlegt den Satz evident. Wäre wirklich der accessorische

1) Savigny, System V. § 249 S. 377.

2) § 4 I. de exc. 4. 14; l. 32 D. de pactis 2. 14; l. 9 § 3 D. ad S. C. Mac. 14. 6; l. 46 D. h. t. 46. 1; l. 19 § 5 D. ad S. C. Vell. 16. 1; l. 3 § 3 l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3.

3) exc. S. C. Maced.; exc. pacti.

4) l. ult. D. de pact. 2. 14; Seuffert's Archiv, II. 185, IV. 225, XV. 23.

Charakter der Bürgschaft Grund dieser Erscheinung, dann müsste das Recht des Bürgen mit dem des Hauptschuldners verschwinden [1]).

Es handelt sich in der oben angeführten Stelle also offenbar um eine verallgemeinernde Abstraction, die in den thatsächlichen Grundlagen nicht genügend Anhalt findet. Dass diese Ansicht trotzdem schon in den Quellen mehrfach wiederholt ist und dann sich bis in unsere Zeit erhalten hat, ist begreiflich. Es ist ein sehr natürliches Bestreben, für den Grund einer Entscheidung im Rechtsleben eine einfache, möglichst viel umfassende Formel zu gewinnen, und über dem Verführerischen, das in einer solchen Formel liegt, werden die Mängel derselben leicht übersehen. Durch den scholastischen Charakter aller Wissenschaft im Mittelalter wurde diese Neigung immer gefördert. So hat sich diese Auffassung immer mehr befestigt, ohne dass man wohl die nöthige Sorgfalt an die Prüfung ihrer Grundlagen verwandt hätte, vor der sie nicht bestehen kann.

Denn was bedeutet eigentlich Accession, accessorisches Recht? Praktisch ist dieser Begriff wohl ebenso werthlos, wie der sachenrechtliche Begriff der Accession als Nebensache [2]): er leidet an Wesenlosigkeit.

Aus dem accessorischen Charakter eines Rechtes folgt, wenn man genauer zusieht, nicht mehr, als dass es zu seiner Entstehung eines anderen Rechtes bedarf, aus dem es seinen Inhalt schöpft. Man will durch die Bezeichnung Accession die nothwendige Beziehung ausdrücken, die es zu einem dritten Rechte unterhält. Ob es aber nicht ohne ein solches existiren kann, ob es nicht stärker werden kann als das Hauptrecht, um dessentwillen es

1) Geib a. a. O. S. 104 f.

2) Windscheid, Pand. § 143 a. E.

entstanden ist, darüber enthält der Begriff keine Aufklärung. Schon Hasenbalg[1]) bemerkt mit Recht: „Man kann nicht ohne weiteres aus dem Umstande, dass die Verbindlichkeit des fidejussor in dem Verhältniss der Accessorietät zur Hauptschuld steht, schliessen, dass ihr nun kein höherer Grad der Wirksamkeit inne wohnen könne“[2]).

Der Inhalt der Verpflichtung des Bürgen ist abhängig von der Verpflichtung des Hauptschuldners: für die Stärke derselben besteht ein solches Abhängigkeitsverhältniss nicht. Deshalb kann ohne Zweifel für eine klagloseHauptschuld eine wirksame Bürgschaft eingegangen werden,

arg. l. 6 § 3. l. 7. l. 16 § 3 D., h. t. 46. 1.

§ 1 I. h. t. 3. 20,

die Verpflichtung des Bürgen also stärker sein, wie die des Hauptschuldners; und ebenso braucht eine nachträgliche Abschwächung der principalis obligatio die fideiussoria obligatio nicht zu berühren[3]).

Dies steht auch keineswegs im Widerspruch mit dem in den Quellen mehrfach ausgesprochenen Grundsatze der Nichtigkeit einer Verbürgung in duriorem causam[4]). Die

---

1) a. a. O. S. 142.

2) Hierzu Dernburg, Pfandrecht I. S. 538: Eine Verletzung des accessorischen Charakters würde vorliegen, wenn das Pfandrecht Befugnisse gäbe, die nicht mehr der Tilgung der Forderung dienten. Warum sollen aber die Mittel, die es in Bewegung setzt, nicht stärker sein, als die der persönlichen Obligation? Büchel, civil. Erörterungen II. 150; Schott, über die accessor. Natur des Pfandrechts in Ihering's Jahrbüchern XV. Hier wird der Begriff des accessor. Rechts scharf angegriffen.

3) l. 60 D. h. t. 46. 1; l. 32 D. de pactis 2. 14: si donandi animo fideiusserit.

4) l. 8 § 7 D. h. t. 46. 1; l. 34 D. eod.; l. 6 § 2; l. 7; l. 16 § 3 D. eod.; a. A. Motive zu § 671 Bd. II S. 662.

Verbindlichkeit des Bürgen ist freilich eine lästigere, wenn er sich der Einreden nicht bedienen kann, die dem Hauptschuldner zustehen; aber nicht jede lästigere Verbindlichkeit involvirt das Vorhandensein einer durior causa im Sinne des genannten Grundsatzes. Der Bürge kann z. B. auch Pfand geben für seine Verbindlichkeit, während der reus dies nicht that[1]).

Von einer durior causa kann man nur sprechen, wenn inhaltlich die Verpflichtung des Bürgen auf mehr geht als die Hauptschuld[2]): es muss ein plus versprochen sein: re, causa, tempore, loco[3])[4]). Ein Mehr verspricht ein Bürge, der auf eine Einrede verzichtet, nicht; er verspricht dasselbe, wie der reus, aber er bindet sich stärker.

Die Verpflichtung des Bürgen, das geht hieraus hervor, ist insofern eine ganz selbständige, als sie stärker oder weniger stark sein kann, wie die des Hauptschuldners. Aus dem Begriff der Accession folgt nur, dass der Inhalt der fideiussora obligatio in gewisser Weise abhängig ist von der principalis obligatis; für die Lebenskraft der selbständigen fideiussoria obligatio ergiebt sich daraus nichts: man kann, mit anderen Worten, das Recht des Bürgen, sich der Einreden des Schuldners zu bedienen, nicht daraus erklären.

IV.

Dieses negative Resultat unserer Betrachtung lässt sich noch weiter ergänzen. Der accessorische Charakter

1) So auch Motive zu § 670 Bd. II S. 661.

2) Girtanner, Bürgschaft S. 35.

3) l. 16 § 1. 2; l. 5 D. h. t. 46. 1; § 5 I. h. t. 3. 20; l. 34 D. eod; l. 8, l. 9 D. eod.

4) Bekker, Klagenconsumption, S. 196 erklärt die Nichtigkeit einer Verbürgung in duriorem causam aus der analogen Anwendung der Grundsätze der plus petitio.

der Bürgschaft ist nicht nur nicht ausreichend, um den Satz zu erklären, sondern in abstracto lässt sich aus dem Charakter des Bürgschaftsgeschäftes eine solche Folgerung überhaupt nicht ziehen. Die scholastische Neigung, aus dem Begriff eines Rechtes alle Funktionen desselben sich gleichsam herausspinnen zu lassen, ohne auf die praktischen Verhältnisse des Lebens Rücksicht zu nehmen, hat dazu geführt, aus der Bürgschaft als solcher die Nothwendigkeit dieses Rechts zu folgern. Jetzt, nach Jahrhunderte, ja, Jahrtausende langer Entwicklung der juristischen Begriffe kann man solche Versuche machen, aber es wäre absurd, den Ursprung eines Rechtssatzes auf derartige feine juristische Abstractionen zurückführen zu wollen. Unter dem Druck der Lebensverhältnisse entwickelt sich ein Rechtssatz ursprünglich nach zufälligen, praktischen Rücksichten, und erst später kann man diese praktischen Ergebnisse unter dem Gesichtspunkte der begrifflichen Nothwendigkeit ordnen, nachdem man eben diese Begriffe aus den Erscheinungen abstrahirt hat. Es ist deshalb auch von denjenigen, die für das spätere und heutige Recht die Ansicht vertreten, dass aus dem accessorischen Charakter der Bürgschaft sich das Recht des Bürgen auf die Einreden ergäbe, angenommen, dass früher ein anderer Grund hierfür massgebend gewesen ist.

Die Untersuchung hiernach wird auch für das heutige Recht auf die richtige Grundlage führen.

Als solche kann — darauf ist noch kurz hinzuweisen — auch nicht die Identität des Anspruches gegen den Schuldner und Bürgen angesehen werden, wie Bekker[1]) will. Dass für das Justinianische Recht dieser Grund nicht mehr massgebend gewesen ist, giebt er selbst allerdings zu: „so sehr hatte man damals das Bewusstsein verloren,

1) Klagenconsumption S. 200 f.

dass die res, auf die sich die Klage wider den fideiussor beziehe, der Anspruch des Gläubigers an den Schuldner sei."

Aber auch für das frühere Recht kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Einmal findet sich in den Quellen kein Anhaltepunkt dafür; wenn überhaupt eine Motivirung versucht wird, so wird auf den Charakter als Accession oder auf die Möglichkeit, im Regresswege sich schadlos zu halten, hingewiesen.

Ferner kann man auch den Anspruch gegen den Hauptschuldner und den Bürgen nicht schlechthin identificiren. Der Anspruch gegen den letzteren ist vielmehr ein völlig selbständiger, der auf einem besonderen Verpflichtungsgrunde, dem Bürgschaftsvertrage, beruht. Unselbständig ist er nur, wie wir oben sahen, insofern sein Inhalt von dem Inhalt der Hauptschuld abhängig ist[1]).

Um zu einem befriedigenden Resultate zu gelangen, ist vielmehr mit der herrschenden Ansicht[2]) davon auszugehen, dass ein festes Recht des Bürgen auf den Schutz durch Einreden des Hauptschuldners ursprünglich überhaupt nicht bestanden hat, denn als eine aus der Natur des Bürgschaftsbegriffes sich ergebende Nothwendigkeit stellt sich das hier zu behandelnde Recht des Bürgen nicht dar.

V.

Nach diesen Feststellungen gilt es jetzt also, eine positive Grundlage für unsere Lehre zu finden.

---

1) Hierüber ausführlich Geib a. a. O § 3 namentlich unter 8.

2) Hasenbalg a. a. O. S. 320; Dernburg, Pand. II. § 79 Note 5; Mandry a. a. O. I. S. 478; Mitteis a. a. O. S. 141; Geib a. a. O S. 106; Gradenwitz a. a. O S. 155.

Schon in den Quellen und dann weiter in mancher modernen Darstellung wird das Recht des Bürgen aus der Befugniss abgeleitet, sich im Falle der eigenen Leistung durch Rückgriff gegen den Hauptschuldner schadlos zu halten. Trotzdem diese Lehre unzählige Male angegriffen ist, taucht sie immer wieder auf theils in ausführlichen Darstellungen, theils in gelegentlichen Notizen[1]). Neuerdings hat Geib[2]) sie wieder ausführlich und zum Theil mit neuen und durchschlagenden Gründen motivirt.

Ein Eingehen auf dieses Processrecht wird auch in der That zu einem befriedigenden Resultate führen.

Angesichts des § 4 I. de repl. 4. 14: exeptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fideiussoribus eius et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod hi pro eo solverint etc., scheint es unbegreiflich zu sein, wie überhaupt jemals die Bedeutung des Regressrechtes hat in Zweifel gezogen werden können[3]). Für das Justinianische Recht wird dasselbe hier doch ganz offenbar als regelmässige Voraussetzung eines Schutzes des Bürgen durch die Einreden des Schuldners hingestellt.

Mag man über die frühere Rechtsentwicklung denken, was man will, man wird geneigt sein, in dieser Fassung der Institutionen die Ansicht des Justinianischen Rechts zu finden, die sich in — möglicherweise bewussten —

---

1) Mandry a. a. O. I. 478 f.; Post, brem. Privatrecht II. § 73; Girtanner a. a. O. S. 41 f., 384, 513 f.; Sintenis, II. § 129 u. a. m.

2) Geib, in dem angeführten Werke.

3) Auf demselben Grunde beruhen die: l. 49 D. h. t. 46 1; l. 19 § 5 D. ad S. a. Vell. 16. 1; l. 3 §. 3, l. 5 pr. D. d. lib. leg. 34. 3; l. 32 D. de pactis 2. 14.

Gegensatz setzt[1]) zu gewissen Versuchen, die die Bedeutungslosigkeit der Regressfähigkeit des Bürgen für unsere Frage behaupteten.

Anderen Schriftstellern erscheint diese Stelle und die angeführten Parallelstellen allerdings in einem ganz anderen Lichte. Sie sehen darin nicht sowohl das Resultat der Entwicklung des römischen Rechts, als vielmehr einen Rest früherer Auffassung. Das modernere Recht finden sie in den Stellen, in denen das Recht des Bürgen ganz allgemein aus seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner erklärt wird[2]). So preist Mitteis[3]) diese Loslösung unseres Satzes von dem Regressrecht gradezu als einen Vorzug des späteren Rechts.

Welche von diesen beiden Auffassungen die richtige ist, das muss eine genauere Betrachtung des ganzen Bürgschaftsverhältnisses ergeben. In den Quellen findet sich hier scheinbar ein directer Widerspruch: es muss deshalb versucht werden, aus inneren Gründen die Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht zu erklären; dann wird es weiter darauf ankommen, das so gefundene Resultat mit allen Quellenzeugnissen in Einklang zu bringen.

VI.

Darüber besteht — wie erwähnt — Uebereinstimmung, dass zu Zeiten jedenfalls das Regressrecht vom Bedeutung gewesen ist für das Recht des Bürgen, eine die Hauptschuld betreffende Ungültigkeit auch auf sich anwenden zu können[4]). Um nun festzustellen, ob diese Beziehung

---

1) Mandry a. a. O. I. S. 480 Anm. 4.
2) Dernburg, Pand. II. § 79.
3) a. a. O. S. 141.
4) s. o. S. 19.

eine innerlich zu rechtfertigende ist oder ob in der Loslösung von dieser Grundlage wirklich ein Vorzug zu erblicken ist, wird es angebracht sein, zu untersuchen, wie es gekommen ist, dass man dem ev. Regressanspruch eine solche Bedeutung beigemessen hat. Dies wird um so nützlicher sein, als man es hier mit einer für das römische Recht ganz aussergewöhnlichen Erscheinung zu thun hat: dass Jemand zu seinem Schutze sich Rechter Dritter bedient[1]) Wenn es also gelingt, für diese ausserordentliche Erscheinung durch Beziehung auf das Regressrecht eine natürliche Erklärung zu finden, dann wird der Werth dieser Beziehung auch für das heutige Recht nicht zu gering anzuschlagen sein.

Solange der Bürge kein Recht hatte, der Klage des Gläubigers Einreden aus der Person des Hauptschuldners entgegenzustellen, konnte dieser letztere offenbar in eine sehr unangenehme Lage gebracht werden. Denn was nützten ihm seine Einreden, wenn der Gläubiger den Bürgen angriff? Dieser war, so lange überhaupt eine Hauptschuld bestand, zu leisten verpflichtet und konnte dann — normaler Weise — mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria[2]) vom Schuldner Ersatz verlangen. Diese missliche Lage des Hauptschuldners gab nach Angabe der Quellen Veranlassung zu der Entwicklung des Satzes, dass dem Bürgen die Einreden des Schuldners zukämen[3]). Die Einführung dieses Satzes scheint ein Werk der römischen Juristen gewesen zu sein[4]). Allerdings hätte das Ziel — Schutz des Hauptschuldners —

1) Unger, Verträge zu Gunsten Dritter in Ihering's Jahrbüchern X. Nr. 1.

2) § 6 I. de fid. 3. 20.

3) § 4 I. de exc. 4. 14 u. die in Anm. 2 S. 15 citirten.

4) Geib a. a. O. S. 106.

auch auf anderem Wege erreicht werden können. Man stand vor der Alternative, ob man dem Gläubiger oder dem Bürgen den Schaden aufbürden wollte: dem Gläubiger, indem man dem Bürgen die Einreden des Schuldners gab; dem Bürgen, indem man ihm den Regress gegen den Schuldner versagte[1]).

Die Wissenschaft entschied sich für das Erstere, und die folgenden Betrachtungen werden die Berechtigung dieser Entscheidung ergeben: sie entspricht dem Wesen des Bürgschaftgeschäftes.

Eine Verbürgung geschieht fast ausnahmslos im Interesse des Hauptschuldners. Aus Freundschaft, aus Gefälligkeit belastet man sich mit der Haftung für eine fremde Schuld[2]). Man rechnet zunächst darauf, aus derselben nicht in Anspruch genommen zu werden.

Wenn dies aber doch geschehen sollte, so rechnet man bestimmt auf Schadloshaltung: man verbürgt sich, mit einem Wort, normaler Weise mit dem animus recipiendi. Nach aussen tritt diese Absicht gewöhnlich darin hervor, dass man als Mandater des Hauptschuldners handelt, aber auch auftraglose Geschäftsführung kann Grundlage eines Regressanspruches sein, wenn sich die Uebernahme der Bürgschaft als ein negotium utiliter coeptum nach allgemeinen Grundsätzen herausstellt.

Das Interesse des Hauptschuldners will der Bürge nun wahrnehmen, darauf weist das Gestionsverhältniss hin, und daraus folgt, dass er sich nur für die vollwirksame Schuld verbürgen will, nicht soweit der Schuldner derselben eine Einrede entgegenstellen kann. Das bedarf

---

1) Dies kann unter Umständen wohl berechtigt sein: pr. D. de min. XXV. annis 4. 4., non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri. So auch Windscheid, Pand. § 477 Note 11.

2) So namentlich Wendt, Pand. § 266.

keines weiteren Beweises. Denn wie sollten die Interessen des reus gefördert werden durch eine Zahlung des Bürgen für eine Schuld, der jener eine Einrede entgegenstellen konnte?

Als Regel[1]) kann man also annehmen, dass der Bürge sich nur für eine solche Schuld verpflichten wollte, die auch der reus erfüllen müsste.

Ausnahmen von dieser Regel giebt es allerdings auch: eine stärkere Bindung des Bürgen ist möglich; es kann von ihm beabsichtigt sein, für die exzeptionsmässige Hauptschuld sich zu verpflichten; es kann sich eine derartig intensive Verpflichtung aber auch ohne Absicht des Bürgen als Rechtsconsequenz ergeben. Allein das sind Ausnahmefälle, und es bedarf eines besonderen Anlasses, um einen derartig intensiven Verbürgungswillen annehmen zu dürfen[2]). Einen solchen Anlass nun kann man nach dem Ausgeführten aus dem Mangel eines Mandats- oder Gestionsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner entnehmen.

Geib[3]) legt hierauf besonderen Nachdruck: „Der vom fideiussor in Aussicht genommene Ersatzanspruch ist ein Symptom dafür, dass der fideiussor dem Gläubiger nur für die vollwirksame, nicht für die exceptionsmässige Hauptschuld Sicherheit leisten wollte.“ Ist dieses Symptom also vorhanden — und normaler Weise ist es das — dann werden die Einreden des Hauptschuldners auch dem Bürgen zugestanden.

---

1) Bruns in Holzendorffs Encyklop. S. 522; Geib a. a. O. S. 108; Wendt a. a. O. § 266.

2) Wendt a. a. O. verlangt das Vorhandensein des animus recipiendi sogar als nothwendig für das Vorhandensein einer „echten“ Bürgschaft.

3) a. a. O. S. 109.

Rücksicht auf das Interesse des Hauptschuldners ist es also, was die Entwicklung dieses Rechtssatzes hervorrief und beförderte. Aus diesem Grunde erklärt sich auch aufs Einfachste die Anomalie, auf die ich oben hingewiesen habe, dass sich Jemand zu seinem Schutze der Einreden Dritter bedienen darf. Hier zeigt sich, dass das Auffällige dieser Erscheinung wegfällt, wenn man ihr auf den Grund geht. Der Bürge bedient sich der Einreden des Dritten auch in dessen Interesse.

VII.

Wenn dies richtig ist, wenn Rücksicht auf das Interesse des Hauptschuldners Veranlassung zu der gedachten Entwicklung gab, dann muss, wo der Schuldner ein solches an dem Schutz des Bürgen nicht hat, das Recht auch nicht vorhanden sein, und es muss sich ferner in solchen Fällen die Schutzlosigkeit des Bürgen auch durch innere Gründe rechtfertigen lassen.

Es kann nun der Fall eintreten, dass dem Bürgen die Einreden versagt werden, weil die Rechtsordnung keinen Grund hat, den Hauptschuldner vor indirekter Nöthigung zur Zahlung zu schützen[1]). Hier hat der Bürge die Einreden natürlich nicht; hier soll er leisten und dann durch seinen Regress den Schuldner zur Zahlung heranziehen. Diesen Erfolg wünscht die Rechtsordnung gerade herbeizuführen.

Ganz anders geartet sind die folgenden Fälle, in denen die Regressfähigkeit des Bürgen nicht vorhanden ist. Nach den obigen Ausführungen ist die letztere ein

1) Windscheid, Pand. II. § 477 Note 9. 11; Mommsen, Kieler Dissertation 1874 über die Zuständigkeit der Befreiungsgründe des Hauptschuldners für den Bürgen § 11.

Symptom für eine im Interesse des Schuldners vorgenommene Verbürgung. Wo sie also mangelt, sind folgerichtig die Einreden zu versagen, da das Interesse des Schuldners eine derartige Rücksichtnahme auf den Bürgen dann ja nicht verlangt.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. Der Regress kann vom Rechte verboten oder vom Bürgen gar nicht im Auge gefasst sein.

Das Erstere findet statt, wenn sich Jemand gegen das Verbot des reus verbürgt[1]), oder wenn das Mandat, welches ihn eine Bürgschaft übernehmen heisst, schimpflich ist[2]); oder wenn die Verbürgung auf einen höheren Betrag geht, als aufgetragen war, hinsichtlich des Mehrbetrages[3]) u. s. w. In Folge der Satzungen des objectiven Rechts fällt hier ein Rückgriffsrecht des Bürgen weg (selbst wenn er animo recipiendi sich verbürgt hatte) und damit auch sein Recht auf die Einreden des Hauptschuldners. Er kann zur Leistung gezwungen werden und trägt den Schaden, der sonst auf den Gläubiger fällt[4]). In diesem Falle ist das gerecht: seiner eigenen Handlungsweise hat der Bürge hier seinen Schaden zuzuschreiben; ihn vor den Folgen derselben zu schützen, liegt kein Grund vor: warum soll man also durch Erstreckung der Einreden auf ihn dem Gläubiger zu nahe treten?

Dasselbe gilt für den anderen Fall, wo der Regressanspruch nicht vorhanden ist, weil der Bürge denselben nicht in Aussicht genommen hat.

Das gewöhnliche Beispiel hierfür ist in den Quellen eine Verbürgung animo donandi[5]). Dies hat zu der irr-

1) l. 6 § 2 D. mand 17. 1; l. 40 eod.

2) l. 6 § 3; l. 12 § 11 D. eod.

3) l. 33 D. eod.

4) s. o. S. 24.

5) l. 32 D. de pactis. 2. 14; l. 9 § 3 ad S. C. Mac. 14. 6; l. 5

thümlichen Auffassung geführt, demselben eine selbstständige Bedeutung beizulegen[1]): nur, wo Schenkungsabsicht vorhanden, sollen dem Bürgen die Einreden nicht zukommen[2]). Das ist nicht richtig: die Bürgschaft mit Schenkungsabsicht bedeutet nur den gewöhnlichsten Fall, in dem Verzicht auf den Rückgriff anzunehmen ist, und wird deshalb so häufig angeführt[3]): der einzige Fall ist es keineswegs. Ganz gleich zu behandeln ist vor allen Dingen die Bürgschaftsübernahme, mit welcher der Bürge ein eigenes Geschäft verfolgt[4]). Auch hier, wenn der Bürge negotium suum gerieth[5]), ist kein Grund vorhanden, ihn dem Gläubiger gegenüber zu schützen. Der Sache nach steht der Bürge hier, wie Geib[6]) treffend bemerkt, wie ein Correalschuldner da, und es ist deshalb nicht gerechtfertigt, ihn anders als einen solchen hinsichtlich der Einreden zu behandeln.

Wenn also bei mangelndem Regressrechts des Bürgen demselben die Einreden aus der Person des Hauptschuldners versagt werden, so liegt hierin keine ungerechtfertigte Benachtheiligung desselben. Das zu zeigen war der Zweck dieser Ausführungen. Es liegt hierin

---

pr. D. de lib. leg. 34. 3 u. a. Auf die Ansicht von Hasenbalg a. a. O. S. 313, dass auch dem animo donandi sich Verbürgenden die Einreden zukämen, ist hier nicht einzugehen. Dieselbe ist Ausfluss des von ihm aufgestellten Dogma, nicht quellenmässig und allgemein verworfen. Barons Kritik in der krit. Vierteljahrschrift Bd. 26.

1) Bekker a. a. O. S. 201 f., dagegen Mandry a. a. O. II. S. 319.

2) Siebenhaar, Correalobligation S. 31.

3) Mommsen a. a. O. § 4.

4) Geib a. a. O. 110/112.

5) l. 6 § 2 D. mand. 17. 1; l. 25 § 1 D. ad S. C. Vell. 16. 1.

6) Geib a. a. O. S. 112.

eine indirekte Bestätigung für die oben aufgestellte Regel, dass zwischen dem Rechte des Bürgen auf die Einreden des Hauptschuldners und seiner Fähigkeit, sich an denselben im Regresswege zu halten, ein Zusammenhang bestehe.

Es ist hier nicht zu unterlassen, auf einen Einwand hinzuweisen, der oft erhoben ist, um zu beweisen, dass das Interesse des Hauptschuldners den Grund nicht bildet, warum dem Bürgen die Einreden desselben zugestanden werden. Derselbe stützt sich auf den unzweifelhaft geltenden Satz, dass dem Bürgen auch invito reo die Einreden zustehen können: hier könne von einem Interesse des Hauptschuldners nicht die Rede sein.

Darauf ist zu erwidern, dass der Bürge, wenn ihm die Einreden gleich aus der Person des Hauptschuldners, also aus materiell fremder causa zustehen, dieselben doch zu eigenem Rechte erwirbt. Deshalb kann ihm eine einmal erworbene Einrede nicht mehr entrissen werden[1]). Dies wird in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben[2])[3]) und es entspricht dies auch allgemeinen Grundsätzen[4]): man kann es nicht in die Laune und Willkür des Hauptschuldners stellen, ob der Bürge eine Zahlung machen soll oder nicht; er verbürgt sich für die vollwirksame, nicht exceptionsmässige Hauptschuld, und sein Interesse, nicht

---

1) l. 62 D. de pact. 2. 14. Ueber die scheinbar widersprechende l. 27 § 2 D. eod. und ihre Vereinigung mit der l. 62 cit. s. Vangerow, III. § 578 Anm. 2 a. E.

2) A. A. Girtanner a. a. O. S. 520.

3) Seuffert's Archiv II. 185, XV. 23. Anerkennung und einseitiger Verzicht des Schuldners schaden den Bürgen nicht.

4) Leyser, med. ad. Pand. spec. 523, med. 6. 7. .... nec enim spontanea debitoris de debiti quantitate confessio fideiussorem plane convincit.

zur Zahlung herangezogen zu werden, um nachher im Regress sein Heil zu suchen, kann ein sehr berechtigtes sein[1]) bei vorhandener oder drohender Insolvenz des Hauptschuldners.

Das Resultat der obigen Ausführungen lässt sich kurz dahin zusammenfassen: den Anstoss zu der Entwicklung des behandelten Rechtssatzes gab die Gefahr, in der ein Schuldner sich befand, eventuell um den Ersatz seiner Einreden gebracht zu werden durch einen Angriff auf den Bürgen.

Um hiergegen den Schuldner zu sichern, gab es noch einen anderen Weg[2]): als das Natürliche und dem Wesen der Bürgschaft Entsprechende ergab sich jedoch, den regressberechtigten Bürgen an dem Einredeschutz des Schuldners theilnehmen zu lassen, da dieser sich nur im Interesse des Schuldners verbürgt hatte.

VIII.

Gegen die Entstehung dieses Rechtssatzes in der geschilderten Weise dürfte sich auch kaum ein Widerspruch erheben[3]); allein nun wird, wie schon angedeutet, allgemein angenommen, dass sich das Recht des Bürgen auf die Einreden von seiner ursprünglichen Basis, der Regressfähigkeit desselben, allmählich emancipirt habe. Es soll eine Entwicklung dieses Rechtssatzes stattgefunden haben und als deren Resultat wird ein ganz selbständiges Recht des Bürgen auf die Einreden des Hauptschuldners

1) l. 15 pr. D. h. t. 46. 1.
2) s. o. S. 25.
3) A. a. freilich Bekker. Darüber s. o. S. 19 f.

angenommen[1]). Grundlage für diese Auffassung ist namentlich die l. 16 § 1 D. ad S. C. Vell. 16. 1 und in Verbindung damit die allgemeinen Aussprüche[2]) in denen das Recht des Bürgen als schlechthin bestehendes, ohne Einschränkung anerkannt wird. Die l. 16 § 1 cit. lautet:

Si ab ea muliere quae contra senatus consultum intercessiset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit, ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Julianus autem recto putat fideiussori exceptionem dandam etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat et a praetore restituitur prior debitor.

Hieraus folgert man: bis Julian sei es Rechtens gewesen, dass nur dem fideiussor, der einen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner hatte (si a muliere rogatus fuisset), die Einreden zugekommen seien. Julian dagegen habe dies Recht den fideiussores ganz allgemein gegeben, ohne Rücksicht auf das Mandatsverhältniss[3]).

Allein hiergegen muss man die Frage aufwerfen, ob dieser Stelle nicht zu viel entnommen wird. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, das Julian's Argumentation ganz speciell gehalten sei, so dass man wohl nicht fehl geht in der Annahme, sie sei nur für den concreten Fall (d. S. C. Vell.) berechnet gewesen[4]) und lasse sich nicht ohne weiteres auf die sämmtlichen Einreden er-

1) Dernburg, Pand. II. § 79 Anm. 5; Mitteis a. a. O. S. 141; Brinz, Pand. II. § 255 u. a. m.

2) l. 19 D. de exc. 44. 1; l. 7 § 1 eod.; l. 32 D. h. t. 46. 1; l. 15 D. pr. eod.

3) Dernberg a. a. O. II. § 79 Anm. 5; Mandry a. a. O. I. S. 480 Anm. 4; Geib a. a. O. S. 118.

4) Gradenwitz a. a. O. S. 149 ff.; Mandry a. a. O. I. S. 480.

strecken. Hierzu veranlassen namentlich die Worte: totam obligationem senatus improbat, d. h. die Reprobation dieses ganzen Schuldverhältnisses ist so stark, dass auch der Bürge schlechthin an der Ungültigkeit participirt und[1]) sich der exceptio des Schuldners bedienen darf. In solchen Fällen aber hat — wie unten auszuführen ist — allerdings der Bürge die Einreden immer ohne Rücksicht auf sein Regressrecht[2]).

Eine Meinungsverschiedenheit zwischen Cassius und Julianus ist vorhanden, aber Gegenstand derselben ist nicht, wie es bei oberflächlicher Betrachtungen scheinen möchte, ihre Ansicht über das Recht des Bürgen auf die Einreden des Schuldners, sondern vielmehr ihre Ansicht über die Stärke der Ungültigkeit einer verbotenen Intercession. In letzterer Hinsicht scheint eine Entwicklung stattgefunden zu haben: „in der Richtung auf Vervollständigung der Ungültigkeit“[3]).

Gegen die Annahme, dass Julianus hier eine so wichtige allgemein durchgreifende Neuerung habe einführen wollen, spricht ferner auch, dass noch späterhin als die natürliche Begründung für die Zuständigkeit der exceptio S. C. Velleiani das Regressrecht angegeben wird[4]).

Hieraus könnte man vielleicht schliessen, dass für die übrigen Einreden — bei denen der Grund der exc. S. C. Vell., die stärkere Ungültigkeit, wegfällt — das

---

1) Dass die Worte so zu verstehen sind: s. Glück, Erl. XV. S. 54 Note 25. Es liegt in ihnen aber nicht — wie die herrschende Ansicht will — ein Hinweis auf das Nichtübrigbleiben einer naturalis obligatio.

2) cfr. exc. doli; exc. quod metus causa.

3) Gradenwitz a. a. O. S. 276/277.

4) Gradenwitz a. a. O. S. 151 Anm. 2 und die dort citirten l. 19 § 5 D. ad S. C. Vell. 16. 1 und l. 8 § 4 D. eod.

Regressrecht nach wie vor massgebend geblieben ist. Und in der That lässt sich dies auch anderweitig stützen.

Die exceptio S. C. Macedoniani gehört ausdrücklich zu denjenigen, welche nach der Einteilung des Paulus den Bürgen zustehen sollen[1]), und doch kommt sie ihnen nach der ebenso ausdrücklichen Erklärung nur dann zu, wenn sie Rückgriff nehmen können[2]). Die herrschende Ansicht führt dies zwar bei der exceptio S. C. Macedoniani auf das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio zurück, allein mit Unrecht[3]). Auch die exceptio pacti steht nur dem „regressfähigen" Bürgen zu, und doch bleibt hier keine naturalis obligatio übrig[4])[5]).

Das Hauptargument der Gegenansicht ist, dass in so vielen Fällen den Bürgen scheinbar allgemein ohne Einschränkung das Recht auf die Einreden zugestanden wird. Auf Grund der obigen Ausführungen kann dies Argument vielleicht ganz beseitigt werden und damit eine Brücke hergestellt werden, um die hier verfochtene Ansicht völlig mit den Quellen zu vereinigen.

Unter Bezugnahme auf oben Ausgeführtes[6]) ist es wohl nicht zu gewagt, die Regressfähigkeit als etwas Normales und der Natur der Bürgschaft Entsprechendes anzusehen[7]).

1) l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1.

2) l. 9 § 3 D. ad S. C. Mac. 14. 6.

3) s. o. S. 4.

4) l. 30 D. de pactis 2. 14.

5) Gegen die Annahme von dem Werth der naturalis obl. in diesem Falle: Mandry a. a. O. I. S. 479; Dernburg, Pfandrecht I. § 73 S. 541 Anm. 7: „Dass die exc. S. C. Mac. eine naturalis obligatio übrig lässt, ist nicht der Grund dieser Erscheinung."

6) s. o. S. 25 ff.

7) § 6 I. de fid. 3. 20: Si quid autem fideiussor pro reo solverit eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium.

Wo dieselbe fehlt, wird dies ausdrücklich hervorgehoben: si passus sum, aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor, et nisi pro invito qui intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio [1]).

Wo deshalb die Juristen ganz allgemein dem Bürgen die Einreden zusprechen, ist vielleicht die vorhandene Fähigkeit, zu regrediren, stillschweigende Voraussetzung [2]). So sagt Mandry [3]) von der Hauptstelle, die hier in Betracht kommt, l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1, dass sie keine durchschlagenden Bedenken zu erregen vermöge, weil sie einerseits die verschiedenen exceptiones in Kürze zusammenfasse und andererseits die Existenz eines Regressverhältnisses die Regel sei; und Geib weist nach, dass wo die Quellen allgemein und doch genau sprechen, sie nur die Möglichkeit hervorheben, dass der fideiussor die Einreden gebrauchen könne [4]) und dass die Quellen das Regressrecht nur in einigen wenigen speciellen Fällen für unerheblich erklären [5]).

Bei dieser stillschweigenden Voraussetzung einer Regressfähigkeit verlieren also auch die scheinbar so

---

1) l. 6 § 2 s. mand. 17. 1; Gareis, III. § 127.

2) s. Geib a. a. O. S. 119.

3) Mandry II. S. 319 Anm. 18. Vgl. auch Mandry a. a. O. I. S. 481: Doch mag hervorgehoben werden: einmal, dass wenigstens bei den eigentlichen Intercessionsgeschäften, die Regressberechtigung die Regel bildet — woraus sich erklärt, dass den fideiussores in einer grossen Anzahl von Stellen die exc. rei cohaerentes anscheinend unbeschränkt gegeben werden u. s. w.

4) l. 32 D. Lt. 46. 1 ex persona rei et quidem invito reo exceptio rei fideiussori competere potest.

5) Geib a. a. O. S. 119; l. 16 § 1 D. ad. S. C. Vell 16. 1; l. 49 pr. D. h. t. 46. 1.

widersprechenden Quellenzeugnisse die absolute Beweiskraft.

IX.

Aus diesen Gründen sind wir wohl berechtigt an der Bedeutung der Regressfähigkeit für das Recht auf die Einreden festzuhalten. Das ist freilich anzuerkennen, dass, wie sich aus den obigen Ausführungen ergiebt, dieser Ausdruck ungenau ist. Denn, wie Geib[1]) scharfsinnig ausführt, nimmt dieses Regressrecht nirgends eine selbstständige Bedeutung für sich in Anspruch, sondern ist nur insofern massgebend, als man aus demselben auf einen mehr oder minder intensiven Verbürgungswillen schliessen kann. Der Ausdruck, dem regressfähigen Bürgen stehen die Einreden des Hauptschuldners zu oder das Recht des Bürgen, sich derselben zu bedienen, ist von seinem Regressrecht abhängig, ist irreführend.

„Es wird damit anstatt des Grundes eine regelmässige, aber doch prinzipiell accidentelle Begleiterscheinung desselben namhaft gemacht."

Der Grund dieses Satzes ist die Absicht des Bürgen, sich nicht für eine exceptionsmässige Hauptschuld verpflichten zu wollen. Diesen Willen erkennt man regelmässig daran, ob ein vinculum juris zwischen dem Bürgen und dem Schuldner besteht, welches zur Entstehung eines Regressanspruchs führen kann[2]). So sagt man ungenau: die Regressfähigkeit des Bürgen ist massgebend dafür, ob ihm die Einreden zustehen oder nicht, um auszudrücken: der regressberechtigte Bürge hat (da er im Interesse des

1) Geib S. 123 f.

2) So ist der Ausdruck Regressfähigkeit zu verstehen, nicht als aktuelles Recht. A. A. Brinz § 255. „Regressverhältniss, d. h. der Umstand, dass der Bürge zahlend Regress hat."

Schuldners sich verbürgt) — in dubio — nur die Absicht, sich für die vollwirksame Hauptschuld zu verpflichten, und darum werden ihm die Einreden des Hauptschuldners zugestanden.

So ist der Zusammenhang zwischen der Regressfähigkeit des Bürgen und seinem Recht auf die Einreden des Schuldners zu verstehen und auch für das heutige Recht festzuhalten.

X.

Wie schon erwähnt, giebt es nun aber Einreden, die dem Bürgen immer zustehen, ohne Rücksicht auf sein Regressrecht; und es giebt, wie weiterhin festzustellen ist, auch Einreden, die ihm nie zustehen. Wie sind diese Erscheinungen mit dem von uns aufgestellten Grundsatze zu vereinigen? Beweisen diese Fälle vielleicht, dass auch der hier angenommene Grundsatz keine befriedigende Erklärung giebt für den Rechtssatz? Giebt es auch hier Fälle, die als ziemlich willkürliche Ausnahmen das Princip durchbrechen?

Wäre dieser Einwurf berechtigt, dann wäre die hier vertheidigte Auffassung allerdings keine Verbesserung, denn es würde Unvollkommenes an die Stelle von Unvollkommenem gesetzt. Allein eine nähere Betrachtung der Einreden, um die es sich hier handelt, wird zeigen, dass es sich hier nicht um Besonderheiten der Einreden handelt, sondern dass sich diese Ausnahmen aus der Natur des Bürgschaftsgeschäftes ableiten lassen.

Solche Einreden, die dem Bürgen immer zustehen, sind die exceptio S. C. Velleiani[1]), die exceptio doli[2]) und

1) l. 16 § 1 D. ad S. C. Vell. 16. 1; l. 2 D. quae res pignori 20. 3.

2) l. 49 pr. D. h. t. 46. 1; l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4.

die exceptio quod metus causa[1])[2]). In diesen Fällen handelt es sich, um mit Gradenwitz zu reden, um „delictsähnliche Thatbestände[3]), hier ist die Reprobation der an und für sich bestehenden Obligation so stark, dass auch die Accessionen daran theilnehmen, wie wenn es sich um eine nichtige handelte. Ein schätzenswerthes Interesse des Gläubigers, aus welchem es gerechtfertigt werden könnte, dem nicht regressberechtigten Bürgen den Schaden zuzuschieben, liegt hier nicht vor. Im Gegentheil hier hat vielmehr die Rechtsordnung ein Interesse daran, den Gläubiger nicht zu schützen.

Dies tritt namentlich bei der exc. doli und qu. metus causa hervor; denn offenbar ist doch, dass der fideiussor auch, wenn er keinen Regress hat, eher zu berücksichtigen ist, als der Gläubiger, welcher sich einen Betrug oder eine Erpressung zu schulden kommen liess[4]).

Auf das Regressrecht des Bürgen braucht in diesen Fällen nicht Bezug genommen, denn der Grund, weswegen dies gewöhnlich geschieht, nämlich die Absicht des Bürgen zu beweisen, sich nur für die vollwirksame Hauptschuld zu verbürgen, braucht hier nicht geltend gemacht zu werden. Die Rechtsordnung setzt eine solche Absicht

1) l. 14 § 6, § 8 D. q. m. c. l. 2.

2) Es genügt die Aufzählung der vorzüglichsten. Dieselben lassen sich leicht um einige Analogieen bereichern. z. B. RG. XXX. S. 245: Spielschulden; u. a. Fälle, in denen es sich um ein derartig intensives Verbotsgesetz handelt.

3) a. a. O. S. 59.

4) Es kann allerdings in der nachträglichen Bestellung einer Bürgschaft für eine derartige Schuld ein Anerkenntniss liegen; dann hat der Bürge die Einreden nicht, da sie der Hauptschuldner zur Zeit der Bestellung der Bürgschaft auch nicht mehr hatte.

des Bürgen gewissermassen zur Strafe für den Gläubiger voraus: quia totam obligationem Senatus improbat[1]).

In ähnlicher Weise ergeben sich die Ausnahmen der Einreden, die dem Bürgen nie zustehen, aus der Natur der Sache, es sind dies die sogen. höchstpersönlichen Einreden: die Einrede aus dem beneficium competentiae, aus dem Zwangsvergleich und die im heutigen Recht antiquirten Einreden aus der cessio bonorum[2]) und dem gemeinrechtlichen moratorium[3]).

Hinsichtlich der Einrede aus dem Nothbedarf ist hier vorweg zu bemerken, dass es sich für diejenigen, die annehmen[4]), dass das beneficium competentiae sich nur auf die Vollstreckbarkeit beziehe, selbstverständlich ist, dass dem Bürgen diese Einrede nie gegeben wird[5]). Aber auch wenn man diese Ansicht nicht theilt, ergiebt sich der Grund leicht aus einer Betrachtung des Wesens des Bürgschaftsgeschäftes. Der Zweck, den ein Gläubiger verfolgt, wenn er sich seine Schuld durch Bürgen sicher stellen lässt, ist doch: sich gegen eine etwaige Insolvenz des Schuldners zu schützen[6]). Folglich erklärt es sich von selbst, dass der Bürge „sich für eine solche Exceptionsmässigkeit der Hauptschuld stets vollwirksam verbürgen wollte[7])."

1) l. 16 § 1 D. ad S. C. Vell. 16. 1.

2) § 4 Inst. de repl. 4. 14.

3) Windscheid, § 477 Note 15.

4) Windscheid, § 268 Note 11.

5) Windscheid, § 477 Note 7.

6) Das war von jeher der Zweck der Bürgschaft. Bekker a. a. O. S. 184 führt zum Beweise eine Anekdote von Macrobius an: „wer seine Zahlungsfähigkeit so handgreiflich erweisen konnte, wie Cn. Cornelius, bedurfte keines Bürgen."

7) Geib a. a. O. S. 136.

Für eine Bezugnahme auf das Regressrecht ist auch hier kein Platz: es handelt sich um eine Wirkung der Verbürgung, die nicht ausgeschlossen werden kann, ohne das Wesen der Bürgschaft zu verletzen.

Aus demselben Grunde kann auch eine Einrede aus einem Zwangsvergleiche des Schuldners von dem Bürgen der Klage des Gläubigers nicht entgegengesetzt werden[1]). Im römischen Recht kam es bei einem Zwangsvergleich im Falle von Ueberschuldung allerdings darauf an, ob der Gläubiger, bei dem ein Bürge sich verbürgt hatte, dem Vergleich zugestimmt hatte oder nicht[2]). Eine solche Zustimmung wurde ursprünglich sogar darin erblickt, dass der Gläubiger erst die ihm zukommende Quote vom Hauptschuldner annahm, um sich wegen des Restes an den Bürgen zu halten. Hierin schaffte schon die Gewährung des beneficium excussionis Wandel: danach konnte der Gläubiger vom Bürgen immer nur den Rest einklagen.

Nach der K.O. § 178 bleibt die Verpflichtung des Bürgen ohne weiteres bestehen, und es kommt nicht darauf an, ob der Gläubiger zu der den Zwangsvergleich betreibenden Majorität oder zu der getriebenen Minorität gehört. Der vernünftige Gehalt dieser Bestimmung leuchtet ein: um ihrer Rechte gegen den Bürgen nicht verlustig zu gehen, müssten die so gesicherten Gläubiger ja immer gegen einen Zwangsvergleich sein und so das Allen verderbliche Konkursverfahren herbeiführen[3]).

---

1) § 4 I. cit. scilicet ideo, quia, qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his, quos pro eo obligavit, suum consequi.

2) l. 58 § 1 D. mandati 17. 1.

3) Seuffert, V. S. 265: „Bei Einführung des Zwangsvergleiches ging die Absicht des Gesetzgebers mehr dahin, den Gläubigern als den Schuldnern zu helfen mittels Abwendung des

Also auch hier kann der Bürge sich nie auf diese Einrede des Hauptschuldners berufen, auch wenn er rückgriffsberechtigt ist gegen den Schuldner; denn trotz dieser Berechtigung ging sein Wille gerade dahin, sich dem Gläubiger für den Fall der Insolvenz des Schuldners zu verpflichten. Ob übrigens der Bürge in dem eben dargestellten Falle von seinem Regressrecht erfolgreich Gebrauch machen kann, oder ob seiner actio mandati nicht ebenfalls die Einrede aus dem Zwangsvergleich entgegengestellt werden kann, ist bestritten. Letzteres ist wohl mit der herrschenden Ansicht anzunehmen[1]).

Die Regel, dass aus seinem Regressrecht sich ein Recht des Bürgen auf die Einreden des Schuldners ergiebt, wird also durch die dargestellten Ausnahmen gar nicht berührt; auf das Regressrecht braucht in diesen Fällen nicht Bezug genommen zu werden, um den mehr oder minder intensiven Verbürgungswillen des Bürgen zu erklären. Entweder kommt es auf denselben nicht an, da die Rechtsordnung ohne Rücksicht auf die Absicht des Bürgen ihn an der Ungültigkeit der Hauptschuld theilnehmen lässt, oder inhaltlich der Natur des Bürgschaftsgeschäftes muss sich der Wille des Bürgen auf eine so starke Verpflichtung richten, die er nicht durch den Hinweis auf gewisse Einreden des Hauptschuldners vernichten kann.

XI.

Fassen wir nun das Resultat des Gesagten zusammen, so ergiebt sich Folgendes: grundsätzlich stehen alle Ein-

allen nachtheiligen Konkursverfahrens.“ Es wäre deshalb ungerecht, den Gläubiger seines Regressrechts gegen den Bürgen zu berauben, welcher einem Zwangsvergleich zustimmt.

1) Windscheid, § 477 Note 9 u. 17; A. A. Gradenwitz a. a. O. S. 268.

reden des Hauptschuldners auch dem regressberechtigten Bürgen zu. Wenn auch ausnahmsweise bei einigen Einreden auf dies Regressrecht kein Bezug genommen zu werden braucht, so hat das seinen Grund in der Natur des ganzen Bürgschaftsverhältnisses und kann der allgemeinen Annahme eines Zusammenhanges zwischen der Fähigkeit des Bürgen, sich im Regresswege an den Schuldner zu halten und seinem Rechte, sich durch dessen Einreden zu schützen, wie dies oben auseinandergesetzt ist, nicht präjudiciren.

Es ist leicht zu erkennen, dass bei allgemeiner Voraussetzung des Regressrechtes als des natürlichen der obige Grundsatz in die allgemeine Form gekleidet werden konnte: dem Bürgen stehen alle Einreden des Hauptschuldners zu, ohne dass man damit ein neues Princip aufstellen wollte: irrthümlicher Weise gelangte man dann dazu, für den scheinbar neuen Satz auch eine neue Begründung zu suchen.

Hierin konnten wir der modernen Lehre nicht folgen und haben dem Satze eine von der herrschenden Ansicht abweichende Grundlage gegeben.

Die praktischen Resultate, zu denen wir gelangen, stimmen dagegen mit denen der herrschenden Lehre fast genau überein.

Der Grundsatz, dass dem Bürgen alle Einreden des Hauptschuldners zustehen, wird in der etwas gemilderteren Form aufrecht erhalten, dass eine Regressberechtigung als Voraussetzung dieses Rechtes des Bürgen besteht; eine Einschränkung, die, da thatsächlich die Regressberechtigung das Normale ist und deshalb als selbstverständlich nicht immer ausdrücklich hervorgehoben zu werden braucht, kaum eine Einschränkung ist.

Die Ausnahmen[1]), die dann die herrschende Lehre

1) Windscheid, § 477 bes. zu Note 7; Seuffert's Archiv

macht und zu deren Erklärung auch sie auf das Regressrecht des Bürgen Bezug nehmen muss, sind keine Ausnahmen mehr nach unserer Darstellung. Auf die Anomalie, die diese Ausnahmen für die herrschende Lehre bilden, ist oben hingewiesen. Ein anderer Versuch in Anlehnung an die l. 7 § 1 D. cit. 44. 1 von dem Unterschiede zwischen exceptiones rei und personae cohaerentes ausgehend eine einheitliche Grundlage für die verschiedene Behandlung der Einreden zu gewinnen, führt auch nicht zu einem befriedigenden Resultate. „Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes?“ fragt Windscheid[1]) zweifelnd; und Mitteis setzt dieser Unterscheidung noch mehr zu. Seine Vermuthung[2]), dass es sich hier um ein idem per idem handele: exceptiones personae coherentes sind eben die Einreden, die dem Bürgen nicht zustehen, liegt in der That nicht fern. Mitteis, der auf die Hinfälligkeit der modernen

---

XXXII. 235. Windscheid unterscheidet Fälle, in denen der Bürge ganz frei wird wegen Aufhebung der Hauptverbindlichkeit und Fälle, in denen der Bürge principaliter weiter haftet, trotzdem die Hauptschuld nicht mehr einklagbar ist: in diesen Fällen kann sich der Bürge durch Berufung auf seinen Rückgriff befreien. Aehnlich Dernburg, Pand. s. o. u. Dernburg Kompensation S. 404 f. Hier nähert sich derselbe noch mehr unserem Standpunkte: „In der That stehen die exc. rei cohaerentes mit nichten immer einem jeden Bürgen zu. Vielmehr ist wohl regelmässig zwischen solchen Einreden zu unterscheiden, bei deren Vorhandensein die ganze Prinzipalobligation völlig nach Absicht des Rechts oder der Kontrahenten reprobirt ist und solchen, bei denen dies nicht der Eall ist.“ Für den letzten Fall wird dann auf das Regressrecht Bezug genommen, um aus diesem die Einreden dem Bürgen zu gestatten.

1) Windscheid, Pand. § 477 Note 7.

2) a. a. O. S. 141 f.

Systematik in unserem Punkte so nachdrücklich hingewiesen hat, sucht dann selbst ein Princip aufzustellen, auf das hier noch kurz eingegangen werden kann, da er sich den hier vertheidigten Grundsätzen sehr nähert. Mitteis geht nämlich, wie Geib, davon aus, dass sich der Bürge nur um des Hauptschuldners willen verbürgen wolle und also nur für eine gültige Hauptschuld. Diesen Willen — und hierin trennen sich die beiden Auffassungen — setzt nun Mitteis bei jedem Bürgen schlechthin voraus: nach der obigen Darstellung dagegen ist dies zwar auch regelmässig, aber nicht nothwendig der Fall. Symptom für einen solchen Willen ist die obligatorische Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen, die sich zu einer Regressmöglichkeit verdichten kann. Wenn also Mitteis dahin gelangt, dem Bürgen „jede Einrede zu geben, deren Thatbestand bereits ein Nichtwollen der Schuld beweisendes Verhalten des Hauptschuldners involvirt", „da der Bürge um des Hauptschuldners willen haften wollte und sonach, wo dieser die Schuld reprobirt, erwartet, dass das Hauptschuldverhältniss definitiv eine Endschaft gefunden habe"[1]), so stimmt dies in den Ausgangspunkten ganz genau mit unserer Ansicht überein. Dort wird aber das Regressrecht immer für bedeutungslos erklärt, hier nur, wo die Rechtsordnung die Hauptschuld reprobirt; für die anderen Fälle kommt es eben darauf an, ob der Bürge wirklich nur um des Hauptschuldners willen haften wollte oder nicht aus anderen Motiven. Letzteres ist doch auch möglich, wie oben gezeigt[2]), und die Regressmöglichkeit giebt uns hierüber Aufschluss.

---

1) Mitteis a. a. O S. 158.

2) s. o. S. 32.

XII.

Neben die angeführten Einreden, welche dem Bürgen immer zustehen sollen, stellt Mitteis eine andere Gruppe solcher, zu deren Geltendmachung der Bürge einer Ermächtigung seitens des Schuldners bedarf; das sind Einreden, die „lediglich auf einer subjektiven Dispositionsbefugniss beruhen“[1]).

Dies ist, auch wieder mit der oben gemachten Einschränkung, richtig.

Auch der regressberechtigte Bürge kann nicht ohne weiteres jede Einrede sich allegiren: in der That bedarf er zu verschiedenen Einreden der Ermächtigung. Bei einigen genügt ein Blick auf das ganze Verhältniss, um die Wahrheit dieser Behauptung zu erkennen. Hierhin gehören die Einreden der Redhibition, oder der laesio enormis, oder eines error in contrahendo auf seiten des paktirenden Hauptschuldners[2]). Das Recht, welches diesen Einreden zu Grunde liegt, erwartet noch seine Ausübung seitens des Schuldners. Der Bürge kann sie daher nicht ohne weiteres geltend machen, da er gar nicht weiss, ob der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch machen will. Es steht ja noch gar nicht fest, ob derselbe nicht z. B. trotz eines wesentlichen Irrthums am Kontrakte festhalten will. Hierüber muss also auch der Bürge, soweit er überhaupt in der Lage ist, sich auf die Einreden des Schuldners berufen zu können, die Entscheidung abwarten, um im Interesse des Hauptschuldners handeln zu können. Das ist so einleuchtend, dass es weiter keiner Begründung bedarf.

1) Mitteis a. a. O. S. 158 f.
2) Mitteis a. a. O. S. 142 f.

Mehr Schwierigkeiten bereitet die exceptio pacti de non petendo in personam, welche wohl am besten unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten ist. Ob dieselbe dem regressberechtigten Bürgen zustehe oder nicht, ist sehr bestritten[1]). Die Quellen[2]) erstrecken die Wirkungen eines solchen pactum gewöhnlich nicht auf den Bürgen. Das hat auf den ersten Blick auch etwas Bestechendes. Denn wie soll ein Bürge sich auf einen Vertrag berufen können, der dem Schuldner zwar die Befugniss giebt, ein Klagrecht vernichten zu können, den Bürgen aber gerade von dieser Befugniss ausschliesst? Aus dieser Erwägung werden auch die Quellenstellen zu erklären sein. Man muss aber weiter sehen, ob eine solche Behandlung dem Willen der Parteien entspricht.

Ein solches pactum pflegt abgeschlossen zu werden in der Absicht, den Schuldner persönlich nicht mehr zur Zahlung zwingen zu wollen. Dankbarkeit oder ein anderes ethisches Motiv bewog vielleicht den Gläubiger zu diesem Akt der Grossmuth oder Nachsicht. Er verspricht deshalb, den Schuldner nicht mehr bedrängen zu wollen, ohne andrerseits ganz auf seine Forderung verzichten zu wollen. Vielleicht erwartet er freiwillige Zahlung, sobald der Schuldner in der Lage ist, eine solche bequem leisten zu können; oder er denkt sich an die Erben desselben zu halten. Wenn er nun aber den Bürgen angriffe, so würde er — immer Regressfähigkeit desselben vorausgesetzt — auf Umwegen den Zweck jenes pactum vereiteln. Denn wie sollte der Bürge dazu kommen, sich von ähnlichen Erwägungen leiten zu lassen und nicht seinerseits den Schuldner zur Zahlung drängen[3]).

1) Dagegen Windscheid, § 478 Note 26, Mandry a. a. O. II. 319. Dafür Wendt, Pandekten S. 270; Unger in Ihering's Jahrb. X. S. 25; Geib a. a. O. S. 113 f.

2) l. 21 § 5; l. 22 D. de pactis 2. 14.

3) Dies kann natürlich der Fall sein es und ist z. B. Seuf-

Dem Bürgen diese Einrede vollständig zu versagen, ist mithin nicht richtig: es würde den Hauptschuldner um den Effekt seines pactum bringen und gegen den Grundgedanken der Bürgschaft verstossen, dass sie normaler Weise den Interessen des Hauptschuldners dienen soll.

Ebensowenig wäre es allerdings zu rechtfertigen, dem Bürgen diese Einrede unter allen Umständen zu geben; denn der Schuldner hat vielleicht, gleichviel aus welchen Gründen, gegen eine Inanspruchnahme aus der Schuld nichts mehr einzuwenden.

Das Zweckentsprechende ist deshalb, den Bürgen so zu stellen, wie in den obigen Fällen, und ihn auf die Entscheidung des Hauptschuldners hinzuweisen, um nach dessen Verfügung zu handeln. Die herrschende Meinung gelangt zu ähnlichen Resultaten, wenn auch auf anderem Wege: danach erhält der Bürge zwar nicht eine Einrede aus einem auf die Person beschränkten Vertrage, wird aber durch das beneficium excussionis geschützt[1]). Dasselbe greift auch durch, wenn ein pactum in personam geschlossen ist[2]). Denn „es hiesse es von der Willkür des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rechtswohlthat geniessen soll oder nicht[3])“, wenn man annehmen wollte, dass ein solches pactum die Wirkung des beneficium excussionis aus dem Wege räumen könnte. Dass der Gläubiger den Schuldner in solchem Falle nicht ausklagen kann, ist seine eigene

fert's Arch. IV. S. 43, wo der Bürge sich durch Beitritt zu dem Vertrage damit einverstanden erklärt hat, dass das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen soll.

1) So seit Mühlenbruch, Cession § 39 Note 439, der zuerst auf diese Wirkung der Nov. 4 hingewiesen.

2) Seuffert, VI. 40, XII. 240.

3) Windscheid, Pand. § 478 Note 6.

Schuld[1]), und es wäre ungerecht, dies dem Bürgen zur Last sein zu lassen.

Mit Recht wurde auch in den Motiven zum Entwurf an diesen Einreden festgehalten, die der Bürge nur nach Ermächtigung des Hauptschuldners geltend machen kann[2]). Dort heisst es:

„Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist, wie bei der Anfechtung und Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen . . ." „Ebenso ist klar, dass der Bürge an Stelle des Schuldners diejenigen Dispositionen über den Inhalt der Schuld nicht ausüben kann, welche von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl, Rücktritt vom Vertrage, Wandelung, Minderung, wenn auch im Falle einer alternativen Verbindlichkeit die Annahme der einen von dem Bürgen bewirkten Leistung seitens des Gläubigers als Erfüllung wirken kann."

Im Entwurf 2. Lesung ist dies ausdrücklich festgestellt in der Bestimmung des § 710 Abs. 1, wodurch in einem solchen Falle der Anfechtungsmöglichkeit dem Bürgen anheim gestellt wird, die Befriedigung des Gläubigers einstweilen zu verweigern, bis ihm die Weisung des Schuldners zugegangen ist[3]).

Nur das ist nicht zu billigen, dass im Entwurf auch die Kompensationseinrede hierher gerechnet wird. Die Kompensationseinrede — die durchgeführte Kompensation

1) Hasenbalg a. a. O. S. 554.
2) Motive II. S. 663.
3) Mitteis a. a. O. S. 144 Anm. 1.

kommt hier natürlich nicht in Betracht — steht vielmehr richtiger Ansicht nach dem regressberechtigten Bürgen immer zu. Zur Begründung dieser allerdings sehr bestrittenen Ansicht gelte folgendes:

l. 4 u. l. 5 D. de comp. 16. 2, welche den Satz ganz allgemein aufstellen, scheinen allerdings zunächst einen sehr fragwürdigen Satz zu behaupten: hier soll nach der allgemeinen Ansicht der Bürge ganz unumschränkt das Recht haben, mit den Forderungen des Schuldners auch wider dessen Willen zu kompensiren! Mit Recht fragt man, wie der Bürge dazu komme, über fremde Vermögensstücke eigenmächtig zu verfügen und sie zur eigenen Befriedigung zu verwenden. Mitteis[1]) erblickt hierin „eine erst durch die Kompilation geschaffene Singularität, wie sie sonst im ganzen Rechtssystem nicht vorkommt". Und dieser Vorwurf ist gerechtfertigt, wenn man, wie die herrschende Ansicht die citirten Stellen dahin versteht, dass jeder, auch der nicht regressberechtigte Bürge, diese Einreden habe[2]). Dann liegt allerdings eine schwer zu begreifende Anomalie vor. Setzt man dagegen auch in diesen Stellen die Regressfähigkeit als das Natürliche voraus, dann schwindet das Auffällige dieses Schutzes. Denn würde man dem regressfähigen Bürgen diese Einrede versagen, so würde die nächste Folge eine ganz unnöthige Zahlerei sein. Der Bürge würde zahlen und sich an dem Schuldner schadlos halten; dieser wieder würde vom Gläubiger fordern. Die Summe wurde also einen völligen Kreislauf machen. Derartiges ist aber immer zu vermeiden. Ferner kann man aber in der Kompensation seitens des Bürgen keinen verwerflichen Eingriff in das Vermögen eines Anderen

1) S. 151.

2) Windscheid, § 477 Note 6; Dernburg, Kompensation S. 404 f.; Sintenis, gemeines Civilrecht Bd. 2 § 104 Anm. 23.

sehen. Der Bürge haftet ja für fremde Schuld, er haftet für eine Schuld desjenigen, dessen Forderung er zur Kompensation stellt. Materiell liegt hierin nichts Ungerechtfertigtes und das Interesse des Hauptschuldners, aus dessen Vermögen kompensirt wird, Verletzendes: denn hätte er vom Gläubiger seine Forderung eingetrieben, so hätte er sie ja doch dem Bürgen wieder herausgeben müssen.

Ebenso liegt dem Gläubiger gegenüber keine ungerechtfertigte Aufrechnung mit Forderungen Dritter vor; denn die Schuld, deren Zahlung vom Bürgen verlangt wird, ist ja in der That eine Schuld desjenigen, mit dessen Forderung kompensirt wird, und dies kann auch nichts den Gläubiger Ueberraschendes sein, denn es tritt in dem Bürgschaftsverhältniss so evident zu Tage, dass der Gläubiger sich nicht benachtheiligt fühlen kann.

Es ist also kein Grund vorhanden, den regressberechtigten Bürgen hinsichtlich dieser Einrede anders zu stellen als hinsichtlich anderer Einreden[1]). Der Entwurf zweiter Lesung hat leider hier an den Bestimmungen des ersten Entwurfs festgehalten[2]).

Praktisch bedeutet das allerdings nicht viel, denn an Stelle der Kompensationseinrede soll mit ziemlich gleichem

---

1) Eisele, Komp. S. 296: „Der Bürge verfügt über dessen (d. Schuldners) Forderung aus eigenem Recht, nämlich kraft seines Regressrechtes.“ Krug, Komp.: „Nur denen ist die Berufung auf eine dem anderen zustehende exc. compensationis zu ihrem eigenen Schutz gestattet, an deren Sicherheit derjenige, welcher diese exc. erworben hat, ein eigenes Interesse hat. Mevius, Decisiones II dec. 317 exc. compensationis competit ex debito alterius cuius interest, ita compensari. Waldner, correale Solidarität S. 60.

2) § 710 Abs. 2.

Resultat das beneficium excussionis wirksam werden[1]), wie es auch bisher herrschende Ansicht war; dadurch soll der Bürge in die Lage versetzt werden, durch Hinweisung auf compensable Gegenforderungen des Schulders den Gläubiger abzuweisen.

Auch dass der Bürge, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, diese Einrede selbst wider den Willen des Hauptschuldners oder, wenn dieser darauf verzichtet hat, geltend machen kann, ist keine Härte weder gegen den Schuldner noch den Gläubiger. Sonst käme man ja schliesslich dahin, dass es überhaupt vom Schuldner abhängen soll, ob der Bürge sich auf die Gegenforderung berufen könne oder nicht; er hat aber ein Recht darauf, welches ihm nicht durch die Launen des Schuldners verkümmert werden darf und das für ihn von grossem Nutzen sein kann: interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutam stipulatori repetere a reo[2]).

Dass dem praktischen Erfolge nach der Entwurf II sich noch mehr der hier dargestellten Lehre nähert, als die herrschende Ansicht, wie Geib nachweist[3]), spricht nur dafür, nun auch principiell den Schritt vorwärts zu thun und die Kompensationseinrede den anderen Einreden gleichzustellen, anstatt deswegen auf den Weg der Vorausklage zu verweisen, zumal deren Beibehaltung[4]) einer sehr getheilten Liebe begegnet.

XIII.

Auf weitere Einzelheiten einzugehen, erscheint überflüssig.

1) Entw. II. § 711. Mitteis a. a. O. S. 144.

2) l. 15 pr. D. h. t. 46. 1.

3) Geib a. a. O. S. 115 Anm.

4) Dagegen sehr scharf Unger, die Einrede der Vorausklage in Iherings Jahrb. XXIX. Nr. 1.

Der regressberechtigte Bürge — das ist das Resultat — kann sich der Einreden des Hauptschuldners bedienen, zuweilen nur mit dessen Ermächtigung, meistens schlechthin. So entspricht dieser Satz dem Wesen der Bürgschaft und der Absicht der Parteien bei Eingehung derselben. So findet er auch Begründung in den Quellen.

Aus dem accessorischen Charakter der Bürgschaft kann man dagegen diesen Rechtssatz nicht erklären: versucht man es, so bleiben Inkonsequenzen und Widersprüche übrig, die nicht zu beseitigen sind. Wenn man dagegen von der Bedeutung des Regressrechts, die auch von der herrschenden Ansicht für die Ausnahmefälle nicht verkannt wird, ausgeht, verschwinden dieselben völlig.

Die Erörterung der Frage, ob es räthlich ist, den Satz in der allgemeinen Form anzunehmen, die der Entwurf vorschlägt, oder mit der hier empfohlenen Einschränkung, würde aus dem Rahmen dieser Arbeit fallen.

Das kann man wohl jedenfalls feststellen, dass der Entwurf, indem er — allerdings folgerichtig — alle Ausnahmen von seinem Dogma verwirft, zu weit geht. Es giebt doch manche Fälle, in denen es sehr angezeigt sein kann, den Bürgen nicht wie den Hauptschuldner zu schützen.

Von der hier vertheidigten Grundlage wird man solchen Fällen leicht gerecht werden und hat dann nicht nöthig, sie als unbegreifliche Ausnahmen der Regel anzuhängen.

Für die Praxis ist natürlich der Unterschied ein geringer: für die wissenschaftliche Betrachtung des Rechtes, die auf den Grund der Erscheinungen geht, liegt in der hier verfochtenen Ansicht ein Fortschritt.